

Dossier du mois

Les nouvelles règles en matière de bail commercial

Interview de Me Franck Greff

À la suite du vote de la loi du 3 février 2018 portant sur le bail commercial et modifiant certaines dispositions du code civil, **Maître Franck Greff**¹ a animé la conférence organisée par la Chambre des Métiers le 26 avril 2018.

Me Franck Greff a bien voulu faire partager aux lecteurs du d'Handwierk son analyse des nouvelles dispositions applicables.



Me Franck Greff à la Chambre des Métiers le 26 avril 2018

Me Greff, le champ d'application de la réforme entrée vigueur depuis le 1^{er} mars 2018 est très large car elle concerne toute personne ou entreprise qui est liée par un bail commercial, que ce soit en tant que preneur, sous-locataire, ou bailleur. Comment expliquez-vous ceci ?

Il y a en effet deux éléments de cette réforme qui lui donnent une importance particulière. Le 1^{er} élément est le caractère impératif des nouvelles règles : à partir du moment où un contrat entre dans le champ d'application de la loi, ce contrat ne peut pas déroger à celle-ci par des clauses contraires.

¹ Me Franck Greff est avocat à la Cour inscrit au barreau de Luxembourg. Chargé de cours, Me Greff est aussi responsable de la rédaction de la publication périodique du JURISNEWS « Droit de la construction & Immobilier ».

Le second élément essentiel est que cette loi s'applique à tous les contrats, même aux contrats qui ont été conclus avant le 1er mars 2018. L'application avec effet immédiat aux contrats en cours a toutefois été nuancée par le législateur.

D'une part, s'agissant de l'interdiction du paiement d'un supplément de loyer, tel que le pas de porte, il n'est pas possible d'en demander la restitution sur base de la nouvelle loi si le montant a été versé avant le 1er mars 2018.

D'autre part, l'interdiction pour le preneur principal de réclamer un loyer au sous-locataire supérieur au loyer versé (par le preneur principal) au bailleur ne s'appliquera qu'à partir du 1^{er} mars 2019.

Je dois ajouter que, bien que les dispositions soient impératives, il y a malheureusement beaucoup de zones d'incertitudes.

Il appartiendra dès lors au juge d'indiquer comment les dispositions de la loi doivent être comprises.

Une autre question concernant le champ d'application de cette réforme est de savoir dans quel cas une entreprise est désormais tenue de conclure un bail commercial plutôt que de conclure un simple bail professionnel ?

Un contrat de bail commercial doit être conclu à partir du moment où l'activité exploitée est artisanale, ou commerciale, ou industrielle. C'est l'activité qui est à prendre en compte, et non la qualification du contrat donnée par les parties.

Il y a toutefois lieu de préciser que si la durée du contrat est inférieure à une année, la loi ne s'applique pas et cela alors même que l'activité poursuivie est artisanale, ou commerciale, ou industrielle.

Pour ces contrats, il conviendra de conclure un simple bail professionnel, réglementé par les règles communes du code civil sur le bail en général.

Il est toutefois à noter que les parties restent libres d'insérer conventionnellement des dispositions de la loi sur le bail commercial dans un contrat dont la durée serait inférieure ou égale à une année. De même, un membre d'une profession libérale, une commune ou un syndicat pourrait s'inspirer des nouvelles règles en matière de bail commercial.

Concernant la durée, on note que l'ancienne référence légale à une durée maximale de 15 années pour obtenir un droit de renouvellement a été supprimée. Quelles sont les nouvelles dispositions en matière de durée ?

En effet, la durée de 15 années figurait dans l'article 1762-4 du Code civil. Au-delà de cette durée, le preneur ne pouvait plus demander le renouvellement du contrat de bail. La limite de 15 années n'a pas été reprise.

Concernant la durée du contrat, la loi précise désormais que le contrat de bail peut être conclu pour une durée déterminée, mais aussi pour une durée indéterminée.

Ainsi lorsqu'aucune durée n'est indiquée dans le contrat, le bail sera présumé être conclu pour une durée indéterminée.

De même, le contrat sera à durée indéterminée pour le cas où un contrat à durée déterminée viendrait à expirer et dans l'hypothèse où le locataire resterait dans les lieux sans opposition du bailleur.

Les preneurs seront bien inspirés de ne conclure que des contrats à durée déterminée et de plus de 9 années.

A défaut, ils ne peuvent espérer aucune protection de leur fonds de commerce.

Une des grandes nouveautés annoncée est la suppression du pas de porte ? Qu'en est-il exactement ?

La loi n'évoque pas le pas de porte en tant que tel, mais elle interdit, et seulement pour les contrats conclus après le 1^{er} mars 2018, qu'un supplément de loyer soit payé au bailleur, ou à un intermédiaire, en raison de la conclusion du contrat.

Malgré l'interdiction posée par le texte, il est à craindre que des rédacteurs de contrats de bail tentent de contourner cette interdiction en prévoyant, par exemple, la prise en charge de certains éléments par le preneur lors de son installation, éléments qui ne seraient pas à considérer comme étant un « supplément de loyer » et partant ne tombant pas sous la prohibition du texte...

On notera, de plus, que le droit au bail, à savoir le paiement d'une somme par le preneur entrant au preneur sortant est tout à fait valable en cas de cession d'un bail. Il en va de même du paiement de l'indemnité d'éviction effectué par le preneur entrant au preneur sortant, en cas de résiliation ou refus de renouvellement d'un contrat après 9 années d'occupation, alors que suivant la loi précise que l'indemnité d'éviction due par le bailleur peut être payée par un tiers, donc, le cas échéant, par le preneur entrant.

Le législateur a fixé des règles contraignantes concernant la garantie locative. Quelles sont-elles ?

Effectivement, la loi prévoit désormais que la garantie locative ne peut pas être supérieure à 6 mois de loyer.

De plus le bailleur ne pourra pas valablement refuser au preneur de préférer une garantie bancaire au dépôt en numéraire. Mais alors dans ce cas, la garantie bancaire devra être d'un montant équivalent à, au moins, six mois de loyer.

Est-il toujours possible de sous-louer les lieux loués ou de céder le contrat de bail ?

La nullité de la clause interdisant la cession ou la sous-location a été maintenue si deux conditions cumulatives sont remplies : si la cession ou la sous-location est faite ensemble avec le fonds de commerce et si une activité identique reste établie.

Lorsque le contrat de bail contient une clause selon laquelle la cession ou la sous-location est interdite, cette clause d'interdiction est donc tout à fait valable sauf dans le cas où une cession ou sous-location est fait ensemble avec la cession du fonds et qu'une activité identique reste établie.

Comme sous l'ancien texte, le bailleur dispose d'un délai de 30 jours pour refuser son agrément. Un tel refus suppose que le bailleur ait de justes motifs pour ne pas donner son agrément. Face à un refus d'agrément, le preneur ne dispose que de 8 jours à compter du refus du bailleur pour se pourvoir en justice. Il y a encore lieu d'ajouter que le locataire (en cas de sous-location) ou le cessionnaire (en cas de sous-location) demeure tenu, à titre de caution solidaire du cessionnaire ou du sous-locataire, de toutes les obligations découlant du contrat de bail.

Du point de vue de la procédure à suivre, la loi précise que toute cession ou sous-location doit être notifiée au bailleur avec une copie intégrale, le terme mérite d'être souligné, du contrat de cession ou de sous-location.

Cette mesure participe manifestement à une plus grande transparence dans les rapports entre les acteurs impliqués dans l'opération.

Le législateur a voulu stopper les sous-locations spéculatives en imposant que le montant du loyer versé par le sous-locataire ne soit pas supérieur au montant du loyer versé au bailleur. Qu'en pensez-vous ?

Si cette disposition est louable dans son principe, deux grandes limites à sa mise en œuvre méritent d'être relevées.

La première limite est tirée de la loi elle-même. La loi prévoit que le loyer versé par le sous-locataire au locataire principal peut être supérieur à celui versé par le locataire principal au bailleur si le preneur principal invoque (et prouve) avoir fait des investissements spécifiques à l'activité du sous-locataire.

La disposition ne manquera pas d'entraîner d'importantes discussions alors que la notion d'investissements spécifiques n'est pas définie dans la loi.

A nouveau, il conviendra d'attendre les premières décisions de justice afin de mieux appréhender ce qu'il convient d'attendre par investissements spécifiques à l'activité du locataire.

La seconde limite vient d'une lacune du texte. La loi ne prévoit pas que le locataire doive communiquer au sous-locataire le montant du loyer qu'il verse au bailleur. Ainsi, dans le cas où le preneur refuse de communiquer l'information relative au loyer versé, le sous-locataire n'aura d'autre solution que de saisir la justice en vue d'une communication forcée...

Pour être complet, il y aura une source de difficulté supplémentaire si la sous-location ne porte que sur une partie limitée de la surface faisant l'objet du contrat de bail principal.

Quelles sont les nouveautés en matière de délai résiliation ?

La loi impose désormais un délai de préavis de 6 mois au moins, mais les parties au contrat devraient pouvoir convenir d'un délai plus long. En revanche, le préavis ne saurait être inférieur à six mois.

A noter qu'en cas d'inexécution des obligations contractuelles par le preneur, le bailleur a la possibilité de résilier le contrat de bail avec effet immédiat sans respecter le préavis prévu.

Le texte prévoit que la partie qui entend résilier le contrat devra adresser une lettre recommandée à la poste avec accusé de réception.

La question du choix d'autres moyens (acte d'huissier,...) se pose néanmoins.

Le nouveau texte consacre un droit de résiliation uniquement dans le chef du bailleur... qu'en est-il du preneur ?

Effectivement, le nouveau texte vise des cas de résiliation uniquement dans le chef du bailleur. Outre la résiliation pour faute du preneur, le bailleur peut résilier le contrat de bail, ou en refuser le renouvellement dans trois situations, dont les deux premières ne manqueront pas d'entraîner de nombreuses discussions.

La 1^{ère} situation est une occupation « personnelle par le bailleur ou par ses descendants au 1^{er} degré ».

Autrement dit, un bailleur pourra justifier la résiliation ou du contrat ou en refuser le renouvellement (même au-delà de la neuvième année) au motif qu'il entend occuper/exploiter soit directement, soit via un descendant au 1^{er} degré les lieux anciennement loués.

Le risque d'une captation d'un fonds de commerce florissant par un bailleur peu scrupuleux ne peut être exclu avec, au passage, aucune obligation de verser une indemnité d'éviction.

La 2^{ème} situation est l'abandon de toute location aux fins d'activité identique. Cette situation est plus ouverte qu'auparavant, puisque l'ancienne loi ne permettait la résiliation que si l'abandon ne visait pas seulement une « activité identique », mais une activité « semblable ou analogue. ».

Cette disposition permettra au bailleur de résilier ou de refuser le renouvellement très facilement, même au-delà de la neuvième année.

La 3^{ème} situation est la reconstruction ou la transformation de l'immeuble loué.

Concernant le droit du preneur, ce dernier doit aussi pouvoir demander la résiliation de son contrat de bail, mais ce sera en application du droit commun des contrats.

Le droit du preneur au renouvellement a été largement modifié. Quelle est votre appréciation ?

Le preneur ou le sous-locataire, peuvent demander le renouvellement du contrat de bail à l'échéance d'un bail à durée déterminée.

La loi précise prévoit d'ailleurs que toute clause refusant un tel droit doit être considérée comme étant nulle de plein droit.

Le renouvellement suppose un nouveau contrat. Ainsi, le mécanisme doit être clairement distingué de la tacite reconduction.

Dans une situation de renouvellement, il n'y a donc aucune obligation, ni aucune garantie, pour les parties de maintenir les mêmes obligations que par le passé. Le risque pèse bien évidemment sur le preneur, alors que le bailleur pourrait profiter d'une demande de renouvellement pour procéder à une augmentation substantielle du loyer et pousser dès lors le preneur vers la sortie.

Il est donc regrettable que la nouvelle loi n'encadre pas l'augmentation éventuelle du loyer renouvelé.

La suppression du recours à un ou trois experts en cas de difficultés dans la fixation du loyer qui était prévu dans l'ancien texte me semble dans ce contexte largement discutable.

Et qu'en est-il de la procédure de renouvellement ?

Comme auparavant, le preneur, et désormais le sous-locataire, doit présenter sa demande de renouvellement au moins six mois avant l'expiration du contrat de bail, et le bailleur devra dans les trois mois faire connaître son avis.

Le seul changement est que la loi impose au preneur ou au sous locataire de formuler sa demande au bailleur par courrier recommandé avec accusé de réception, étant précisé, à nouveau, que la question d'un autre mode de communication pourrait se poser (acte d'huissier,...)

Cette procédure est insatisfaisante car, en cas de refus du bailleur, le preneur ne disposera que d'un délai de trois mois pour réorganiser ses affaires. C'est un peu court pour trouver un nouveau local, reformer le cas échéant une nouvelle équipe, lancer des actions commerciales...

Ceci est d'autant plus critiquable que le sursis commercial a été abrogé, et que le seul sursis possible est subordonné à l'existence d'un jugement de déguerpissement...

Pouvez-vous nous détailler quelles sont les conditions de ce sursis à déguerpissement ?

Le sursis à déguerpissement a uniquement vocation à s'appliquer à la suite d'un déguerpissement ordonné par un jugement.

Il s'agit donc d'une protection que la loi accorde au preneur condamné à déguerpir. Mais le sursis à déguerpissement sera seulement ordonné dans le but de trouver un autre immeuble et de répondre aux obligations découlant des contrats de travail de ses salariés. La loi précise que ce sursis sera d'une durée maximale de 9 mois, et qu'il ne pourra pas être renouvelé.

J'ajoute encore que le sursis qui existait sous l'ancienne loi n'existe plus.

Une des grandes avancées de cette réforme pour protéger le fonds de commerce est l'indemnité d'éviction. Que pensez-vous des dispositions qui ont été votées ?

Le nouveau texte prévoit que le bailleur doit verser une indemnité d'éviction au preneur justifiant d'une occupation des lieux d'au moins neuf ans lorsqu'il résilie, ou refuse le renouvellement du contrat, sans justification.

En revanche, le bailleur peut échapper au paiement de l'indemnité d'éviction en opposant à la demande de renouvellement l'une des justifications évoquées.

Le bailleur échappera encore au paiement de l'indemnité d'éviction, lorsqu'il demandera au candidat preneur de supporter le paiement de l'indemnité d'éviction. Le cas est spécialement prévu dans le texte.

Ainsi, si suivant les termes de la loi le preneur entrant n'a plus à verser de pas de porte, il risque de devoir supporter le paiement de l'indemnité d'éviction à la demande du bailleur, qui pourrait en faire une condition sine quo non à son accord...

S'agissant du montant de l'indemnité d'éviction, la loi prévoit qu'à défaut de clause dans le contrat de bail permettant de déterminer le montant de l'indemnité d'éviction, les parties peuvent saisir le juge de paix qui fixera alors le montant de l'indemnité d'éviction sur base de la valeur marchande du fonds de commerce pour l'activité en question.

Ces dispositions appellent deux remarques, la première étant qu'aucun élément n'est fourni dans la loi quant à l'évaluation de la valeur marchande du fonds de commerce. Dans la mesure où la vente du fonds de commerce ne fait pas non plus l'objet d'une réglementation spéciale, aucun secours ne pourra être trouvé de ce côté. Ainsi, il y aura un recours quasi systématique à l'expertise.

La seconde remarque est que les parties seront tentées de déterminer les critères à retenir pour la fixation de l'indemnité d'éviction. Mais dans un tel cas, la voie judiciaire sera alors fermée, puisque ce n'est qu'à défaut de clause dans le contrat de bail qu'il y aura un recours au juge de paix.

Le risque est finalement pour le preneur qui sera contraint d'accepter une clause fixant une indemnité d'éviction sans commune mesure avec la valeur marchande du fonds de commerce pour l'activité en question, sauf à encourir le risque de ne pas signer le contrat.

Qu'en est-il du droit de préemption ?

La loi introduit effectivement un droit de préemption au profit du preneur dont le bail court depuis dix-huit ans et une procédure a été prévue que les parties devront suivre.

Il est à relever que ce n'est pas un droit absolu qui est conféré au preneur, puisque dans certains cas, le preneur se verra dénier ledit droit, alors même que son bail court depuis dix-huit ans.

Citons par exemple la vente par adjudication publique, la cession des locaux loués à un membre de la famille du bailleur parent ou allié jusqu'au troisième degré inclusivement, ou encore la cession gratuite desdits locaux.

Il est à noter que dans l'hypothèse où les lieux loués seraient vendus à un tiers au mépris du droit de préemption, le preneur pourra réclamer des dommages-intérêts au vendeur qui ne peuvent être inférieurs à une année de loyer.

Me Greff, je vous remercie pour ces échanges. Quelle est votre appréciation globale de cette réforme ?

Ma conclusion est que cette loi ne crée pas de véritable statut des baux commerciaux. Davantage de transparence dans les rapports entre les parties auraient pu être espérée. De plus la répartition des charges locatives a été éludée alors que la détermination précise des charges devant être supportées par le preneur est trop souvent une source de conflit.

Vue synthétique des nouvelles règles applicables aux baux commerciaux à partir du 1^{er} mars 2018

Champ d'application
<ul style="list-style-type: none"> Les nouvelles règles s'imposent à tout contrat de bail d'un immeuble destiné à l'exercice d'une activité commerciale, industrielle, ou artisanale
Durée du bail
<ul style="list-style-type: none"> Les contrats de bail d'une durée inférieure ou égale à une année sont exclus de la réglementation spécifique du bail commercial La durée d'un bail peut-être soit à durée déterminée, soit à durée indéterminée En l'absence d'indication d'une durée dans le contrat, le bail est considéré conclu pour une durée indéterminée En cas de tacite reconduction d'un bail à durée déterminée, le bail sera reconduit pour une durée indéterminée, et le preneur doit adapter ou renouveler la garantie locative
Pas-de-porte
<ul style="list-style-type: none"> L'obligation pour le preneur de devoir payer un supplément de loyer en raison de la conclusion du contrat (« pas-de-porte ») est désormais considérée comme étant nulle de plein droit Cette nullité ne s'applique pas aux contrats en cours, mais seulement aux contrats de bail dont l'entrée en jouissance du preneur commence à partir du 1^{er} mars 2018
Garantie locative
<ul style="list-style-type: none"> Le montant est limité à 6 mois de loyer Le bailleur ne peut pas refuser une garantie locative sous forme d'une garantie bancaire à première demande, ni la souscription d'une assurance ou d'une garantie permettant de couvrir au moins six mois de loyer
Loyer de sous-location
<ul style="list-style-type: none"> Le preneur ne pourra plus réclamer au sous-locataire un loyer de sous-location supérieur au loyer principal sauf s'il justifie avoir fait des investissements spécifiques à l'activité du sous-locataire Une période transitoire d'une année a été accordée : l'interdiction de loyers de sous-location supérieurs ne s'appliquera donc qu'à compter du 1^{er} mars 2019
Droit au renouvellement pour le bail à durée déterminée
<ul style="list-style-type: none"> Le droit d'obtenir le renouvellement du contrat de bail est reconnu pour le preneur d'un contrat de bail à durée déterminée qui arrive à expiration, et aussi pour le sous-locataire (si le bail n'interdit pas la sous-location) La demande de renouvellement doit être formulée au moins 6 mois avant l'expiration du bail par lettre recommandée avec accusé de réception Le bailleur dispose de 3 mois pour répondre ; deux hypothèses doivent être distinguées <p>(1) Le preneur occupe les lieux loués depuis une durée inférieure ou égale à 9 années</p> <p style="padding-left: 20px;">Le bailleur peut refuser le droit au renouvellement du contrat, s'il invoque un motif valable de refus, à sa-</p>

voir :

- 1) une occupation personnelle par le bailleur ou par ses descendants au 1^{er} degré
- 2) un abandon de toute location aux fins d'activité identique
- 3) une reconstruction ou une transformation de l'immeuble loué

(2) Le preneur occupe les lieux loués depuis plus de 9 années

Le bailleur peut refuser le droit au renouvellement du contrat moyennant le paiement d'une indemnité d'éviction (cf. ci-après)

- Le motif tiré de la faute contractuelle du preneur, comme par exemple des défauts de paiement des loyers, n'a pas été expressément repris dans la loi comme motif un non-renouvellement mais comme un motif de résiliation avec effet immédiat

Résiliation du bail par le bailleur

- Résiliation avec un préavis de 6 mois :
 - 1) aux fins d'occupation personnelle par le bailleur ou par ses descendants au 1^{er} degré
 - 2) en cas d'abandon de toute location aux fins d'activité identique
 - 3) en cas de reconstruction ou une transformation de l'immeuble loué
- Résiliation avec effet immédiat en cas d'inexécution des obligations contractuelles par le preneur

Indemnité d'éviction

- Au terme de 9 années d'occupation, le bailleur peut, sans motifs :
 - 1) refuser le renouvellement d'un bail à durée déterminée
 - 2) résilier un bail à durée indéterminée avec un préavis de 6 mois
- En contrepartie, le bailleur devra verser au preneur sortant une indemnité d'éviction ; cette indemnité pourra cependant être versée au preneur sortant par le repreneur
- Le montant de l'indemnité d'éviction est fixé soit dans le contrat, sinon, à défaut d'une clause contractuelle, par le juge de paix sur base de la valeur marchande du fonds de commerce

Sursis

- Le sursis commercial disparaît, et il est remplacé par un sursis à l'exécution d'une ordonnance de déguerpissement
 - Pour bénéficier d'un sursis unique de 1 à 9 mois, le preneur doit justifier avoir réglé tous les loyers et avances sur charges échus au jour de l'introduction de la demande
 - Le sursis ne pourra alors être accordé que dans le but de permettre au demandeur de trouver un autre immeuble en vue de poursuivre son activité, et de répondre à ses obligations découlant des contrats de travail avec les salariés

Droit de préemption

- Un droit de préemption pour les preneurs de longue durée (au moins 18 ans) est prévu si le preneur a loué tout l'immeuble qui est vendu, ou si les locaux loués sont placés sous le régime de la copropriété
 - Dans ces hypothèses, le propriétaire qui décide de vendre l'immeuble est tenu d'avertir le preneur de son droit de faire une contre-proposition
 - Si le preneur fait une contre-proposition, les locaux loués ne peuvent être vendus à un tiers qu'à un prix supérieur à celui qui a été offert par le preneur

Ce dossier a été réalisé par Gilles Cabos

Gilles.cabos@cdm.lu